

REVUE DE LA FACULTÉ DE DROIT
UNIVERSITÉ LIBRE DE BRUXELLES

**VERS L'HARMONISATION
EN EUROPE DU DROIT
DE L'INSOLVABILITÉ
ET DES GARANTIES**

24

VOLUME 24 / 2001-2 SEMESTRIEL

EXTRAIT

BRUYLANT

BRUXELLES

2 0 0 1

LA VIGUEUR DES GARANTIES
ET SÛRETÉS PERSONNELLES
DANS LES PROCÉDURES COLLECTIVES

PAR

ANDRÉ PRÜM

PROFESSEUR À LA FACULTÉ DE DROIT DE NANCY
DIRECTEUR DU CENTRE DE RECHERCHE DE DROIT PRIVÉ

1. — Alors que dans les législations de nombreux pays européens, les sûretés réelles résistent de moins en moins aux procédures collectives, l'efficacité des garanties et sûretés personnelles paraît inébranlable. L'explication est simple : à la différence des premières, les sûretés personnelles n'atteignent pas les biens du débiteur en difficulté mais ceux d'un tiers garant. Elles n'affectent donc pas les droits des créanciers en concours, mais aboutissent à leur égard à une simple substitution du garant au créancier garanti. Le recours dirigé contre un garant reste, par ailleurs, sans incidence sur la situation du débiteur en difficulté, et, en particulier, ne compromet pas d'éventuelles possibilités de redressement ou de réorganisation de son entreprise. Les sûretés personnelles ayant, en définitive, pour seul effet de transférer le risque d'insolvabilité sur les garants, il n'y a *a priori* aucune raison de soumettre leur exercice aux règles gouvernant la procédure collective des débiteurs garantis. Dans leurs recours contre les garants, les créanciers devraient pratiquement pouvoir ignorer cette procédure. Aux premiers de subir, par la suite, la loi dû dividende en agissant en remboursement contre les débiteurs garantis.

2. — Profondément ancrée dans les droits des pays européens, la neutralité des procédures d'insolvabilité à l'endroit des sûretés personnelles y est souvent reçue comme un postulat ne prêtant pas à controverse. Les restrictions qui lui sont assignées dans les textes ou par la jurisprudence demeurent exceptionnelles. Les développements que lui consacre la litté-

rature juridique restent limités. Pour autant, il ne paraît pas inintéressant d'en apprécier plus précisément la portée au regard, en particulier, de l'objectif de redressement ou de réorganisation des entreprises en difficulté qui sous-tend l'évolution récente du droit des procédures collectives.

Le bénéficiaire d'une sûreté personnelle n'est véritablement protégé contre les effets de l'insolvabilité de son débiteur qu'à condition qu'il puisse immédiatement réclamer au garant le montant intégral de sa couverture. Ceci suppose d'abord que l'ouverture de la procédure collective à l'encontre du débiteur garanti ne suspende pas le droit du créancier d'agir contre le tiers garant et ne tième cette action pas non plus autrement en échec. Cela signifie ensuite que les aménagements de la dette principale susceptibles d'être décidés dans la procédure collective du débiteur n'affectent pas l'étendue de la garantie.

Ni l'une, ni l'autre de ces conséquences ne peuvent être affirmées de façon abstraite quelque soit le cadre procédural précis auquel le débiteur se trouve soumis et sans distinction entre les différents types de sûretés personnelles. La vigueur de ces dernières face aux procédures collectives mérite donc d'être appréciée avec plus de finesse sur le terrain tant de la disponibilité du recours contre le tiers garant que de celui de sa portée exacte. La présente contribution donne un aperçu rapide de quelques nuances susceptibles de tempérer l'apparente neutralité des procédures collectives vis-à-vis des sûretés personnelles.

I. — LE DROIT D'AGIR CONTRE LE TIERS GARANT

3. — L'ouverture d'une procédure collective suspend habituellement toutes poursuites individuelles contre le débiteur insolvable, à l'exception de celles susceptibles d'être engagées par les créanciers titulaires de sûretés réelles. Dans les procédures de liquidation forcée classiques, la mesure est destinée à permettre une réalisation collective des actifs, assurant aux créanciers de même rang un traitement égalitaire, que n'aurait pas permis une course des recours, tout en réservant des paiements privilégiés à certaines catégories de créanciers, dignes d'une protection particulière. Lorsque le sort de l'entreprise ne

paraît pas définitivement compromis, l'arrêt des poursuites permet, en outre, la continuation provisoire de ses activités en vue d'un redressement de l'entreprise ou de la cession de tout ou partie de ses activités à un tiers. A cette fin, certaines législations étendent d'ailleurs le sursis aux titulaires de sûretés réelles. En vue du règlement collectif des créances, les créanciers sont communément astreints, au surplus, à déclarer leurs créances à un mandataire commun ou un administrateur chargé de les vérifier aux fins de leur admission au passif.

4. — La suspension des poursuites à l'encontre du débiteur, pas plus que les procédures d'admission des créances, ne devraient empêcher le bénéficiaire d'une sûreté personnelle d'agir contre le tiers garant. Largement admise, la solution ne connaît guère de restrictions.

A. — La neutralité de l'ouverture d'une procédure collective à l'égard du tiers garant

5. — L'indépendance des sûretés personnelles vis à vis de la procédure collective ouverte à l'encontre du débiteur garanti signifie d'abord que le tiers garant n'est pas en droit de se prévaloir d'un sursis de paiement accordé au débiteur insolvable. Ne pouvant tirer avantage de cette procédure, le garant ne devrait, en revanche, pas non plus souffrir d'une aggravation de son risque. L'éventuelle déchéance du terme prononcée contre le débiteur ne peut ainsi lui être opposée.

1. *La suspension des poursuites contre le débiteur ne profite pas au tiers garant*

6. — Qu'il faille permettre au créancier, contrairement de suspendre ses recours contre le débiteur principal, d'agir contre le tiers, qui s'est porté garant en sa faveur, paraît une évidence. Quel que soit le fondement du sursis accordé au débiteur — mesure destinée à favoriser son redressement ou disposition servant au règlement collectif de ses dettes — rien ne justifie *a priori* d'en étendre le bénéfice au garant. Peu importe à cet égard la technique précise sur laquelle repose la mesure : véni-

table sursis différant l'exigibilité des obligations ou suspension du droit d'action des créanciers ; pas plus qu'il n'est utile de tenir compte de la nature accessoire ou autonome de la sûreté, car même pour les premières le sursis constitue toujours une exception purement personnelle au débiteur dont une caution, comme tout autre garant accessoire, ne saurait se prévaloir.

7. — L'admission unanime de cette solution ne doit pas masquer toutefois l'effet pervers qu'elle peut présenter pour des entreprises dont la situation est susceptible d'être redressée mais garanties par des personnes qui lui sont proches, tels ses dirigeants ou des membres de leurs familles. Le danger pour ces dernières de voir leur engagement mis en jeu lorsqu'un sursis est accordé à l'entreprise garantie ne risque-t-il, en effet, de les dissuader à solliciter le bénéfice d'une telle mesure ? La difficulté se pose régulièrement pour les petites et moyennes entreprises. Elle conduit à s'interroger s'il ne convient pas de déroger, en l'espèce, au principe de neutralité de la procédure collective vis à vis de ces garants.

8. — Le droit français s'est récemment orienté en ce sens en reconnaissant aux « cautions personnelles, personnes physiques » d'un débiteur placé en redressement judiciaire le bénéfice de la suspension des poursuites durant toute la phase d'observation. La faveur consentie à cette catégorie particulière de garants doit éviter qu'ils retardent le dépôt du bilan de l'entreprise garantie dans l'unique but d'échapper provisoirement à un appel de leur garantie. Elle vise à les inciter, au contraire, à demander le plus rapidement l'ouverture d'une procédure de redressement judiciaire. Car, le sursis qui pourra être accordé à l'entreprise débitrice tant que sa situation n'est pas irrémédiablement compromise leur profitera directement.

9. — La solution reste, à notre connaissance, isolée pour l'instant. Par delà de ses mérites, elle montre qu'il n'est pas aisé de définir les limites d'une telle dérogation. La discrimination opérée par la législation française entre les personnes physiques et les personnes morales n'est pas à l'abri de toute critique, pas plus que ne l'est la restriction de la règle aux seules cautions et la limitation de son champ d'application à la seule procédure de redressement judiciaire.

2. *La déchéance du terme prononcée contre le débiteur n'est pas opposable au tiers garant*

10. — La neutralité de l'ouverture d'une procédure collective à l'encontre du débiteur vis-à-vis des tiers garants ne signifie pas seulement que ceux-ci ne doivent pas en tirer avantage pour différer l'exécution de leur engagement. Elle implique aussi que leur obligation ne soit pas aggravée. Il en est ainsi, en particulier, à propos de la déchéance du terme susceptible de frapper le débiteur.

Dans de nombreuses législations, l'exigibilité immédiate de toutes les obligations constitue une conséquence automatique de l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité. Dans d'autres, cet effet se produit dès l'instant où l'espoir d'un redressement disparaît entraînant irrémédiablement l'entreprise vers sa liquidation. Mais quelles qu'en soient les circonstances, la mesure est destinée avant tout à permettre une fixation rapide du passif du débiteur dans le respect de l'égalité de ses créanciers. Il n'y a dès lors aucune raison de l'élargir aux tiers garants. Aussi, est-il admis, de façon générale, que la déchéance du terme leur demeure inopposable.

11. — La solution va de soi pour les garanties autonomes dont l'exigibilité ne dépend pas de celle de la dette couverte. Elle vaut également pour les cautions et autres garants accessoires qui doivent pouvoir bénéficier du terme originel de l'engagement principal quoique le débiteur s'en trouve dorénavant privé. La règle est, par contre, écartée le plus souvent pour les signataires d'un effet de commerce en cas d'insolvabilité avérée du tiré, accepteur ou non, ou du tireur d'une lettre de change non acceptable. L'exception est justifiée par la sécurité juridique dont sont assortis les titres cambiaires et ne tient donc pas directement à l'ouverture de la procédure collective.

B. — *La neutralité des procédures d'admission des créances vis à vis du tiers garant*

12. — Les procédures d'insolvabilité organisant un régime collectif des créanciers doivent permettre d'établir le

passif précis du débiteur insolvable. Elles comportent à cet effet systématiquement à la charge de tous les créanciers en concours l'obligation de déclarer leurs créances. Celle-ci est en principe enfermée dans un délai précis et sanctionnée, selon les systèmes, par la perte des dividendes distribués avant la déclaration, voire par l'extinction pure et simple de la créance. C'est sur la base de ces déclarations que les créances sont vérifiées et, le cas échéant, admises au passif.

13. — Si cette procédure ne concerne guère les garantis autonomes dont l'engagement n'est pas affecté par les décisions prises à propos des dettes couvertes, elle pourrait toutefois toucher les cautions. Aussi, la neutralité à leur égard de la procédure collective mérite d'être appréciée plus précisément aux stades successifs de la déclaration et de l'admission de la créance principale garantie.

1. *L'effet de l'obligation de déclaration de la créance principale*

14. — L'enjeu précis à ce niveau réside exclusivement dans la répercussion qu'un défaut de déclaration de sa créance contre le débiteur principal insolvable peut avoir pour le créancier dans ses relations avec le garant. A supposer, comme c'est le cas dans certains droits, que ce manquement soit sanctionné par la perte définitive de la créance principale ne doit-il pas entraîner par la même occasion l'extinction de la garantie ?

15. — La conséquence semble logique lorsque le garant s'est contenté de souscrire l'engagement accessoire de payer la dette principale éteinte suite au défaut de déclaration. La jurisprudence française retient aujourd'hui cette solution pour les cautions. Au-delà des débats qu'elle soulève en doctrine, sa position renforce l'intérêt des créanciers pour les garanties autonomes moins perméables aux incidences des procédures collectives. Elle est, par ailleurs, à l'origine d'une déformation des critères de qualification des garanties autonomes, dont la catégorie a été élargie à certains types de sûretés accessoires dans l'unique but de ne pas exposer leurs titulaires au risque de perdre leur couverture faute d'avoir pris le soin de déclarer leur créance.

2. *L'effet de la décision d'admission ou de rejet de la créance principale*

16. — La décision d'admission ou de rejet prise dans le cadre des procédures de vérification des créances a pour effet de fixer les droits des créanciers vis-à-vis tant du débiteur insolvable que des autres créanciers en concours. Au-delà des modalités différentes prévues pour l'examen des créances, la décision revient habituellement, en dernier ressort, à une juridiction. Elle acquiert ainsi autorité de la chose jugée entre le créancier concerné, le débiteur et l'ensemble de ses autres créanciers. At-elle pour autant une incidence dans les rapports entre le créancier et son garant ?

Dans la mesure où le garant n'est pas parti à l'instance donnant lieu à la décision d'admission ou de rejet, celle-ci ne devrait pas pouvoir lui être opposée par le créancier, pas plus que le garant ne devrait pouvoir s'en prévaloir à son encontre. La solution ne prête pas à discussion pour les cautions simples, mais est moins fermement établie pour les cautions solidaires. Dans certains systèmes juridiques, la jurisprudence considère, en effet, qu'une caution solidaire ne peut contester une dette établie par un état définitif des créances sur le débiteur insolvable. Cette discrimination est toutefois critiquée en doctrine.

17. — Mis à part ces nuances l'on peut donc observer que l'ouverture d'une procédure collective à l'encontre du débiteur atteint rarement le droit des créanciers d'agir contre des tiers garants. Ce recours est maintenu malgré la suspension des poursuites contre le débiteur. Il peut s'exercer, dans les conditions convenues, sans égard à la procédure d'admission des créances sur le débiteur. Cette protection est inhérente à la finalité des sûretés personnelles dont l'objet consiste précisément à offrir au bénéficiaire la possibilité d'agir contre le garant ou cas où son recours contre le débiteur se trouve paralysé. Les rares restrictions apportées par certains droits à cette action sur le fondement du caractère accessoire de la garantie paraissent critiquables. Seules des considérations de politique législative, tel le souci de promouvoir le redressement des entreprises en difficulté, nous semblent pouvoir justifier ici une entorse au principe de neutralité des procédures collectives.

Outre le maintien de son recours contre le garant, la sécurité du créancier garanti par une sûreté personnelle suppose encore qu'il puisse continuer à prétendre à une couverture complète.

II. — LE DROIT À UNE COUVERTURE INTÉGRALE

18. — L'objectif classique des procédures d'insolvabilité est d'organiser la réalisation collective des actifs du débiteur, non grevés de sûretés, en vue d'une juste distribution des sommes récupérées entre ses différents créanciers chirographaires et privilégiés. A l'issue de la procédure, ces derniers recouvrent alors logiquement leur droit individuel de poursuite contre le débiteur pour le solde de leurs créances. A cette vision, focalisée sur le règlement des dettes, s'oppose de nos jours une approche plus économique des procédures collectives visant à laisser aux débiteurs sinon la possibilité de redresser leurs entreprises du moins une chance pour redémarrer une nouvelle activité. L'orientation suppose d'imposer certains sacrifices aux créanciers. Sous des conditions et des modalités qui divergent, les législations modernes reconnaissent ainsi le plus souvent aux débiteurs la possibilité d'être déchargé de leurs dettes. Lorsque leurs entreprises méritent d'être sauvegardées, ils peuvent bénéficier, même avant toute distribution de dividendes, d'un rééchelonnement de leurs engagements et de remises partielles de dettes. Touchant directement les droits des créanciers vis-à-vis du débiteur, ces mesures laissent-elles toujours intacts leurs recours sur des tiers garants ?

Le droit à une couverture intégrale appelle parallèlement à s'interroger sur le concours susceptible d'apparaître entre le créancier et son garant dans l'hypothèse où ce dernier ne l'a que partiellement désintéressé.

A. — L'étendue des recours contre le tiers garant

19. — Les décharges susceptibles d'être accordées au débiteur insolvable, que ce soit dans le cadre d'une réorganisation de son entreprise ou à la suite de la clôture d'une procédure de liquidation restent sans incidence sur l'engagement d'un garant autonome. La dette qu'il a souscrite lui est strictement

personnelle et ne se définit pas par rapport à celle que le créancier détient, par ailleurs, sur le débiteur.

Le risque d'une diminution de la couverture ne doit, par conséquent, être envisagé que pour les seules sûretés personnelles accessoires. Celles-ci se caractérisent, en effet, par le fait que l'obligation du tiers garant, typiquement une caution, est directement calquée sur la dette principale. Dans une analyse dualiste du lien obligatoire, cela équivaut à réduire l'engagement de la caution à un simple rapport de responsabilité — « obligatio » — déterminé par le « debitum » de l'obligation couverte.

20. — Pour autant, la caution n'est jamais placée dans une situation parfaitement identique à celle du débiteur principal. Certes, elle pourra se prévaloir de toutes les circonstances qui réduisent directement la dette principale, car elle ne saurait être tenue au-delà de celle-ci. Mais, de façon générale, on lui interdit de tirer profit des exceptions purement personnelles au débiteur. La question est donc de savoir si les remises et délais consentis au débiteur dans le cadre d'une procédure collective doivent être considérées comme des exceptions qui lui sont personnelles ou inhérentes à la dette. Elle ne trouve pas nécessairement la même réponse dans toutes les situations d'aménagement des dettes d'une entreprise en difficulté.

Dans l'hypothèse d'abord où les remises et délais résultent d'une décision de justice, en dehors de tout accord des créanciers, leur bénéfice est toujours expressément réservé au débiteur. La caution ne peut donc s'en prévaloir. La solution est admise quel que soit le fondement de la décharge accordée au débiteur — mesure destinée à permettre son redressement ou décision de clémence prise en sa faveur après la clôture de la procédure. Elle tient à la nature strictement judiciaire des mesures et n'est pas propre aux procédures collectives. Il en va de même, en effet, pour les délais de grâce décidés en faveur d'un débiteur qui n'a pas déposé son bilan.

Dans de nombreux systèmes juridiques, les tribunaux n'ont que des pouvoirs restreints pour restructurer le passif d'une entreprise en difficulté. Le débiteur doit dès lors s'entendre avec ses créanciers.

Ceux-ci peuvent, en premier lieu, lui consentir individuellement des nouveaux délais ou des remises partielles de dettes. De tels aménagements atteignent directement la dette principale et profitent ainsi également aux cautions. Le fait qu'ils s'inscrivent dans le cadre d'un règlement amiable collectif négocié avec les principaux créanciers, voir avec tous, n'a pas d'incidence. Pas plus que l'homologation par un tribunal d'un tel règlement amiable ne modifie sa nature contractuelle.

L'extension aux cautions du bénéfice des remises et délais risque évidemment de dissuader les créanciers à accéder à la demande du débiteur en difficulté. Il appartient alors à celui-ci de convaincre les cautions de participer au règlement amiable en renonçant à se prévaloir à tout ou partie des faveurs consenties au débiteur. Cette adhésion présentera, par ailleurs, l'avantage de mettre le débiteur à l'abri d'éventuels recours anticipés de la part de ses garants qui, tant qu'ils restent extérieurs à l'accord, ne sont pas tenus par les reports d'échéance consentis par les créanciers.

21. — Pour permettre au débiteur insolvable d'obtenir plus aisément le soutien de ses créanciers, la plupart des législations lui offrent, par ailleurs, la possibilité de négocier sur une base collective. Il lui suffit, dans ces conditions, de rallier une majorité de créanciers à son projet de redressement. Les accords obtenus dans le cadre de telles procédures concordataires doivent normalement être entérinés par une décision de justice. Ils s'appliquent alors à l'ensemble des créanciers, y compris ceux qui n'y ont pas consentis.

Il est communément admis, que les garants ne doivent pas profiter des délais et remises accordés dans ces circonstances au débiteur. La solution est formellement consacrée par certains droits; dans d'autres, elle se fonde sur la finalité de la procédure et sa nature judiciaire ainsi que sur le caractère personnel des mesures par rapport au débiteur. Alors qu'ils continuent à être tenus vis-à-vis des créanciers pour le montant intégral des dettes, les garants subissent les décharges décidées en faveur du débiteur dans leurs recours récursoires contre celui-ci. Il serait donc normal de les associer à cette décision. La plupart des procédures concordataires ne leurs reconnaissent cependant pas ce droit.

L'examen des différentes situations dans lesquelles un débiteur en difficulté peut bénéficier de reports d'échéance et de remises de dettes en vue de redresser son activité montre que celles-ci ne touchent guère les créanciers garantis par des sûretés personnelles. Sauf dans l'hypothèse particulière où le créancier a personnellement consenti à une réduction de sa créance, sans prendre le soin d'y faire renoncer sa caution, sa couverture reste intégrale.

B. — *La priorité des créanciers sur les tiers garants dans leurs recours contre le débiteur*

22. — Le problème d'un concours entre un créancier et son garant vis à vis du débiteur se pose en cas de désintéressement partiel du premier par le second. Son enjeu apparaît essentiellement lorsque la situation financière du garant lui-même se dégrade exposant le créancier au risque de perdre le bénéfice de sa couverture pour le solde.

Le paiement partiel réalisé par le garant entre les mains du créancier devrait normalement lui permettre d'en demander le remboursement au débiteur insolvable. Une telle demande présenterait cependant l'inconvénient d'obliger le créancier garanti à diminuer son recours contre le débiteur insolvable du montant d'avance reçue et, par conséquent, de réduire de dividende qui lui revient. Aussi, plusieurs législations instaurent au profit du créancier garanti une véritable priorité sur le garant en lui permettant de déclarer sa créance pour le montant intégral. Privé du droit de faire valoir sa prétention pour l'avance payée, le garant se trouve écarté de la distribution des dividendes. Le cas échéant, le créancier devra seulement lui restituer les sommes perçues éventuellement en excédant de sa créance.

23. — La protection des créanciers titulaires de sûretés personnelles est étendue ainsi au-delà de leurs recours contre les garants aux rapports avec le débiteur insolvable. La faveur est typique d'un ensemble de règles destinées à assurer à ces créanciers une sécurité maximale. Elle se distingue toutefois de celles évoquées auparavant en ce qu'elle résulte directement du régime de la procédure collective et non plus de l'indépendance des sûretés par rapport à celle-ci.

24. — En conclusion, la vigneux supposé des sûretés personnelles face procédures d'insolvabilité est bien réelle. Le droit du bénéficiaire d'agir contre le garant malgré l'insolvabilité frappant son débiteur et de profiter d'une couverture entière de sa part quels que soient les aménagements apportés à sa créance sur le débiteur, hormis ceux qui dépendent exclusivement de sa propre volonté, ne connaît guère de restrictions. Il est remarquable à cet égard que la règle s'applique, à peu de nuances près, indifféremment aux garanties autonomes et aux sûretés accessoires et qu'elle transcende toutes sortes de procédures collectives. En donnant sa garantie, le tiers accepte simplement d'assumer le risque d'insolvabilité du débiteur. Rien ne lui permet pas la suite d'y échapper.